



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2017

**Rechtswidrige Observationen in der IV - Verwertbarkeit der
Observationserkenntnisse: Bemerkung zum Leitentscheid
9C₈06/2016 vom 14. Juli 2017**

Gächter, Thomas ; Meier, Michael E

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-145539>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Gächter, Thomas; Meier, Michael E (2017). Rechtswidrige Observationen in der IV - Verwertbarkeit der Observationserkenntnisse: Bemerkung zum Leitentscheid 9C₈06/2016 vom 14. Juli 2017. *Jusletter* : online.

Thomas Gächter / Michael E. Meier

Rechtswidrige Observationen in der IV – Verwertbarkeit der Observationserkenntnisse

**Bemerkung zum Leitscheid 9C_806/2016 vom 14. Juli
2017 (zur Publikation vorgesehen)**

Le Tribunal fédéral a établi, dans un arrêt de principe du 14 juillet 2017, que l'art. 59 al. 5 LAI n'offrait pas la base juridique nécessaire, dans l'assurance-invalidité, qui permettrait de mettre en place des observations de certains de ses bénéficiaires. Néanmoins, la Haute Cour estime dans ce cas que les moyens de preuve recueillis au cours de l'observation peuvent être utilisés, parce que l'intérêt public concernant la prévention des abus de l'assurance est prépondérant. Cette utilisation de la preuve – plutôt surprenante – doit être examinée de manière critique. (jp)

Catégories d'articles: Commentaires d'arrêts

Domaines juridiques: Assurance maladie et accidents. Assurance invalidité;

Droit des assurances sociales; Droits de l'Homme

Proposition de citation: Thomas Gächter / Michael E. Meier, Rechtswidrige Observationen in der IV – Verwertbarkeit der Observationserkenntnisse, in : Jusletter 14 août 2017

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangspunkt: Vukota-Bojic gegen Schweiz
- II. Konkreter Sachverhalt
- III. Erwägungen des Bundesgerichts
 - A. Art. 59 Abs. 5 IVG ist keine taugliche gesetzliche Grundlage
 - B. Verwertbarkeit widerrechtlicher Observationsbeweise
- IV. Würdigung
 - A. Keine gesetzliche Grundlage in der Invalidenversicherung
 - B. Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Observationsbeweise
 - 1. Zulässigkeit einer Interessenabwägung im vorliegenden Fall
 - 2. Interessenabwägung – ein Allheilmittel?
 - C. Fazit

I. Ausgangspunkt: Vukota-Bojic gegen Schweiz

[Rz 1] Im Oktober 2016 wurde die Schweiz vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) dafür gerügt, dass im schweizerischen Sozialversicherungsrecht keine ausreichende gesetzliche Grundlage für regelmässig durchgeführte Observationen vorhanden sei.¹ Die observierende Unfallversicherung verletzte deshalb die Privatsphäre (Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK; SR 0.101]) der versicherten Person. Der EGMR widersprach damit dem Bundesgericht, das bis zu diesem Zeitpunkt Observationen gestützt auf Art. 43 i.V.m Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 380.1) stets als rechtmässig beurteilt hatte.² Der Entscheid stiess bei Sozialversicherern und in der Lehre auf grosse Beachtung.³

[Rz 2] Um die Lücke im Kampf gegen Versicherungsmissbrauch schnellstmöglich zu schliessen, schickte der Bundesrat am 22. Februar 2017 eine Änderung des ATSG in die Vernehmlassung.⁴ Kernstück der Revision bildet der neue E-Art. 43a ATSG, mit dem Voraussetzungen und Verfahren von Observationen im Sozialversicherungsrecht geregelt werden sollen.⁵

[Rz 3] Während nach dem klaren Strassburger Verdikt Observationen in weiten Teilen des Sozialversicherungsrechts per sofort ausgeschlossen waren, blieb die Rechtslage in der Invalidenversicherung weiterhin strittig: Laut Art. 59 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) können nämlich die IV-Stellen zur Bekämpfung des ungerechtfertigten Leistungsbezugs «Spezialisten» beiziehen, worin das Bundesgericht – gestützt auf die Gesetzesmaterialien – eine spezialgesetzliche Grundlage für eine Observation durch Privatdetektive erblickte.⁶

¹ Urteil des EGMR *Vukota-Bojic gegen Schweiz* vom 18. Oktober 2016 (Nr. 61838/10).

² BGE 137 I 327; BGE 135 I 169; Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009 E. 6.4.

³ CLAUDIA CADERAS/MARC HÜRZELER, Rüge für die Schweiz mangels hinreichender Gesetzesgrundlage für Observationen durch Versicherer, HAVE 4/2016, 425 ff.; PIERRE HEUSSER, Privatdetektive, aufgepasst!, in: Jusletter 9. Januar 2017, Rz. 46 ff.; MARKUS HÜSLER, Erste UVG-Revision: wichtigste Änderungen und mögliche Probleme bei der Umsetzung, SZS 1/2017, 26 ff., 57; PHILIP STOLKIN, Observationen, Kompetenzen und Gesetze, in: Jusletter 27. März 2017.

⁴ Erläuternder Bericht des BSV zur Revision des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 22. Februar 2017 (abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/47287.pdf>, alle Websites zuletzt besucht am 11. August 2017).

⁵ Vernehmlassungsentwurf zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), 1 f. (abrufbar unter a.a.O. Fn. 4).

⁶ BGE 137 I 327 E. 5.2 m.V.a. die Materialien AB 2006 N 396 Votum Humbel Näf.

In der Lehre wurde mehrheitlich stark kritisiert, dass diese Regelung als genügend bestimmte gesetzliche Grundlage für einen Grundrechtseingriff in Form einer Observation taugen soll.⁷ Nach dem Entscheid des EGMR war es somit nur eine Frage der Zeit, bis sich das Bundesgericht erneut mit Art. 59 Abs. 5 IVG und der Zulässigkeit der Observation in der IV zu befassen hatte.

II. Konkreter Sachverhalt

[Rz 4] Der 45-jährige Versicherte bezog seit 2008 eine halbe IV-Rente. Im Jahr 2010 liess ihn die IV-Stelle an vier verschiedenen Tagen durch eine Privatfirma observieren. Nachdem die erstmalige Rentenaufhebung 2012 gerichtlich zurückgewiesen wurde, hob die IV die Rente per Ende Oktober 2015 erneut auf. Diese Rentenaufhebung basierte hauptsächlich auf einem psychiatrischen Gutachten, *das unter Einbezug des Überwachungsberichts und der Fotodokumentation der Observation erging*.⁸

[Rz 5] Der Beschwerdeführer rügte, dass die Observation sein Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre verletze und sie deshalb als Beweis nicht verwertbar sei.

III. Erwägungen des Bundesgerichts

A. Art. 59 Abs. 5 IVG ist keine taugliche gesetzliche Grundlage

[Rz 6] Die I. und II. sozialrechtliche Abteilung sowie die I. öffentlich-rechtliche Abteilung haben ein Verfahren nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110; Vereinigung der Abteilungen) durchgeführt, um folgende zwei Rechtsfragen zu entscheiden:

1. «*Hat das EGMR-Urteil 61838/10 vom 18. Januar 2017 auch in der Invalidenversicherung Gültigkeit, indem eine von der IV-Stelle angeordnete Observation einer genügenden gesetzlichen Grundlage entbehrt und daher Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV verletzt?*»
2. «*Ist das Beweismaterial, das – im Rahmen einer von der IV-Stelle rechtswidrig angeordneten Observation – im öffentlich frei einsehbaren Raum gewonnen wurde, im Invalidenversicherungsverfahren gestützt auf eine Interessenabwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen verwertbar?*»

[Rz 7] Entlang dieser beiden Fragen ist das Urteil aufgebaut. Das Bundesgericht rekapituliert zunächst die Essenz des EGMR-Entscheids Vukota-Bojic: Jede Observation stellt einen Eingriff in den konventionsrechtlichen Schutz des Privatlebens dar, wofür es einer im nationalen Gesetz verankerten Grundlage bedarf. Um einen wirksamen Schutz gegen staatliche Willkür und

⁷ THOMAS GÄCHTER, Observationen im Sozialversicherungsrecht – Voraussetzungen und Schranken, in: Stephan Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2011, Zürich/Basel/Genf 2011 (zit. Observationen), 179 ff., 202 f., 207, der von einer «ziemlich freien Rechtsfindung» spricht; DERS., Die bundesgerichtliche Rechtsprechung der Jahre 2010 und 2011 zum Verfahrensrecht der Sozialversicherung, in: ZBJV 148/2012, 185 ff., 185 f., 201 f.; MARKUS HUG, Observation durch Privatdetektive im Sozialversicherungsrecht, in: Angela Cavallo et al. (Hrsg.), Liber amicorum, für Andreas Donatsch, Zürich/Basel/Genf 2012, 681 ff., 695 f. m.w.H. in Fn. 63, demgemäss es «ziemlich viel Phantasie braucht, um eine gesetzliche Grundlage erkennen zu können.»; PHILIPPE MEIER/ALEXANDRE STAEGER, La surveillance des assurés (assurances sociales et assurances privées) – état des lieux, in: Jusletter 14. Dezember 2009, Rz. 18 ff.; LUCIEN MÜLLER, Observation von IV-Versicherten: Wenn der Zweck die Mittel heiligt, in: Jusletter 19. Dezember 2011, Rz. 27 ff.; bzgl. der IV a.M. REGINA AEBI-MÜLLER/ANDREAS EICKER/MICHEL VERDE, Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation – Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, in: Jusletter 3. Mai 2010, Rz. 62 f.

⁸ Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 E. 2., zur Publikation vorgesehen.

Missbrauch zu gewährleisten, muss eine solche gesetzliche Grundlage *sehr bestimmt und präzise* verfasst sein. Gefordert wird, dass sie *versicherungsspezifische Vorgaben* enthält, u.a. die Gründe und das Verfahren für die Anordnung, den Mitteleinsatz und die (Höchst-)Dauer der Observation sowie die genaue Verwendung der erhobenen Daten.⁹

[Rz 8] Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass keiner dieser Punkte in Art. 59 Abs. 5 IVG geregelt sei, weshalb *es in der Invalidenversicherung – wie in der Unfallversicherung – an einer genügenden gesetzlichen Grundlage* fehlt, welche die verdeckte Überwachung umfassend, klar und detailliert regelt. Die Observation erfolgte somit *an und für sich rechtswidrig*, das heisst in Verletzung von Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101; E. 4).

B. Verwertbarkeit widerrechtlicher Observationsbeweise

[Rz 9] Nachdem die Grundrechtsverletzung festgestellt war, musste das Bundesgericht die zweite Rechtsfrage beantworten: inwiefern dieses widerrechtlich gesammelte Observationsmaterial als Beweis (dennoch) verwertbar ist. Laut der Rechtsprechung des EGMR ist diese Frage allein nach nationalem Recht zu beantworten.¹⁰ Mangels ausdrücklicher Regelung im schweizerischen Sozialversicherungsrecht blickte das Bundesgericht auf die Normierungen im Straf- und Zivilrecht (E. 5).

[Rz 10] Im Strafrecht dürfen in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhobene Beweise nicht verwertet werden – es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]). Vor Inkrafttreten der StPO hat das Bundesgericht die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel zugelassen, wenn sie an sich zulässig und auf gesetzmässigem Weg gewinnbar waren.¹¹ Nach der neueren Rechtsprechung genügte dies nicht mehr. Vielmehr ist zusätzlich eine Interessenabwägung anzustellen: Je schwerer die zu beurteilende Straftat wiegt, um so eher überwiegt das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Angeklagten daran, dass der fragliche Beweis unverwertet bleibt.¹²

[Rz 11] Im konkreten Fall entbehrte die Observation in dem Sinne einer formellen Grundlage, als der Gesetzgeber in der Invalidenversicherung zwar eine Observationsmöglichkeit durch eine Privatdetektei schaffen wollte, dies jedoch nicht mit hinreichender Klarheit im Gesetz verankert hat. Wie das Vernehmlassungsverfahren zur Revision des ATSG zeige, solle dieses Manko rasch behoben werden. Da am 1. Januar 2011 zudem die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten sei, rechtfertige es sich, dass für den Entscheid über die Verwertbarkeit des rechtswidrig erlangten Beweises hauptsächlich die Interessenabwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen massgebend sei (vgl. Art. 152 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]; E. 5.1.1).

⁹ Urteil des EGMR *Vukota-Bojic gegen Schweiz* vom 18. Oktober 2016 § 74 f.; vgl. die detaillierte (und ins Deutsch übersetzte) Auflistung bei HEUSSER (a.a.O. Fn. 3), Rz. 41.

¹⁰ Z.B. Urteil des EGMR *Vukota-Bojic gegen Schweiz* vom 18. Oktober 2016 § 92 ff.

¹¹ BGE 137 I 218 E. 2.3.3 f.; BGE 131 I 272 E. 4.1.1.

¹² BGE 137 I 218 E. 2.3.4; Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 E. 5.1.1, zur Publikation vorgehen.

[Rz 12] In concreto handelt es sich um (unbeeinflusste) Handlungen des Beschwerdeführers, die im öffentlichen Raum aufgenommen wurden. Zudem war die Observation, eingeleitet auf Grund ausgewiesener Zweifel über die Leistungs(un)fähigkeit des Versicherten, auf vier Tage innerhalb eines Zeitraums von 14 Tagen begrenzt, wobei die einzelnen Überwachungsphasen zwischen fünf und neun Stunden dauerten. Der Beschwerdeführer war somit weder einer systematischen noch ständigen Überwachung ausgesetzt und erlitt in dieser Hinsicht einen relativ bescheidenen Eingriff in seine grundrechtliche Position. Stelle man diesen Aspekten das erhebliche und gewichtige öffentliche Interesse an der Verhinderung des Versicherungsmissbrauchs gegenüber, ergebe sich, dass der vorliegende Observationsbericht (inklusive Fotodokumentation und Videoaufnahmen) in die Beweiswürdigung miteinbezogen werden könne (E. 5.1.2).

[Rz 13] Zugleich räumt das Gericht ein, dass im Sozialversicherungsrecht wohl insoweit von einem *absoluten Verwertungsverbot* auszugehen ist, als es sich um Beweismaterial handelt, das im *nicht* öffentlich frei einsehbaren Raum zusammengetragen wurde (E. 5.1.3).

IV. Würdigung

A. Keine gesetzliche Grundlage in der Invalidenversicherung

[Rz 14] Die Feststellung des Bundesgerichts, dass Art. 59 Abs. 5 IVG keine ausreichende gesetzliche Grundlage für Observationen in der Invalidenversicherung darstellt, bedarf eigentlich keiner ausführlichen Würdigung. Zwar war der mediale Aufschrei enorm, weil das Bundesgerichtsurteil in der Berichterstattung als «carte blanche» für alle «IV-Betrüger» (miss-)verstanden wurde.¹³ Nüchtern betrachtet bestätigte das Bundesgericht jedoch völlig zu Recht, was die Lehre und zuletzt der EGMR seit Jahren immer wieder aufs Neue festgehalten haben: das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für Observationen im Sozialversicherungsrecht.¹⁴ Dabei ist deren Notwendigkeit zur Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs in die Privatsphäre der Observierten genauso unbestritten wie die Tatsache, dass sich auch (vermeintliche) IV-Betrüger auf den Grundrechtsschutz berufen können müssen.

[Rz 15] Weiter ist ohne Bedeutung, dass das Bundesgericht die Observation im öffentlichen Raum als «relativ bescheidenen Eingriff in die grundrechtliche Position» qualifiziert. Die Schwere des Grundrechtseingriffs korreliert mit der Normstufe (Gesetz oder Verordnung), nicht aber mit dem Erfordernis eines genügend bestimmten, d.h. präzise formulierten, Rechtssatzes.¹⁵ Es ist damit vollends zu begrüssen, dass das Bundesgericht nun festgestellt hat, dass auch Art. 59 Abs. 5 IVG die geforderte Bestimmtheit nicht aufweist, womit der Eingriff *unabhängig der Schwere per se rechtswidrig* erfolgte.

¹³ «IV-Betrüger erhalten eine Carte blanche», 20min.ch vom 3. August 2017; weiter wurde die Stimmung in div. Kommentarspalten durch Beiträge wie «Diese IV-Betrüger wurden durch Detektive entlarvt» oder «180 IV-Betrüger entlarvt – doch damit ist jetzt Schluss» (ebenfalls 20min.ch) angeheizt.

¹⁴ Vgl. die Literaturhinweise in Fn. 7.

¹⁵ GÄCHTER (Observationen, Fn. 7), 193, 205, wonach in der bisherigen Rechtsprechung zur Observation das Erfordernis an die Bestimmtheit einer Norm und an die Normstufe fälschlicherweise vermischt wurde.

B. Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Observationsbeweise

[Rz 16] Wirklich von Interesse ist der zweite Teil der Erwägungen zur Frage, inwiefern rechtswidrig erlangtes Observationsmaterial bei der Anspruchsprüfung dennoch verwertet werden darf. Mangels Alternativen hat sich das Bundesgericht bereits in früheren sozialversicherungsrechtlichen Entscheiden zur Beweisverwertbarkeit am Strafrecht orientiert.¹⁶ Tatsächlich wird im Strafrecht bei der Frage, ob ein rechtswidrig erlangter Beweis gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO verwertet werden darf, eine Interessenabwägung zwischen der Schwere der Straftat und dem Interesse des Angeklagten an einer Nichtverwertung vorgenommen.¹⁷

1. Zulässigkeit einer Interessenabwägung im vorliegenden Fall

[Rz 17] Die Interessenabwägung bildet nur eine der Voraussetzungen für die Verwertbarkeit eines Beweismittels. Ebenfalls beachtet werden muss, ob das Beweismittel theoretisch auch rechtmässig erhebbar gewesen wäre (sog. «hypothetischer Ersatzeingriff»)¹⁸. Das Bundesgericht hielt dazu selber fest: «Nicht verwertbar ist ein Beweismittel auf *jeden Fall* dann, wenn es [...] auf *gesetzmässigem Weg nicht erreichbar ist*. [Hervorhebung durch Autoren]».¹⁹ Dieses Erfordernis steht dann einer Verwertung nicht im Weg, wenn sich Behörden zwar nicht an das im Gesetz vorgesehene Verfahren halten (z.B. Nichteinholen einer gerichtlichen Genehmigung), die Beweiserhebungsmethode an sich aber gesetzlich vorgesehen wäre. Für die Invalidenversicherung ist der Ersatzeingriff hingegen eine scheinbar unüberwindbare Hürde. Egal wie rechtskonform die IV-Stelle auch vorgegangen wäre: Ohne gesetzliche Grundlage hätte sie die Observation niemals rechtmässig durchführen können. Stammen die Beweise aber aus jedenfalls widerrechtlichen Beweiserhebungsmethoden, sind *die Beweise auf jeden Fall unverwertbar*.²⁰ Wenn das Bundesgericht nun ausführt, die Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zeige, dass «dieses Manko [der fehlenden gesetzlichen Grundlage] rasch behoben werden [solle]» und es sich deshalb rechtfertige, hauptsächlich auf die Abwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen abzustellen,²¹ blendet es das bisherige Hauptproblem der nicht existenten Gesetzesgrundlage völlig aus. Stattdessen erscheint die Argumentation fast schon so ausgerichtet, als müsse man das Thema der Beweisverwertungsverbote v.a. für die Zukunft – d.h. für die Zeit nach Inkrafttreten von E-Art. 43a ATSG – regeln.

¹⁶ Z.B. Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009 E. 6.4.2, bzgl. im Ausland erhobener Observationsbeweise.

¹⁷ BGE 137 I 218 E. 2.3.4; BGE 131 I 272 E. 4.1.2; SABINE GLESS, Kommentierung von Art. 141 StPO, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Art. 1–195 StPO, 2. Auflage, Basel 2014, N 69 zu Art. 141 StPO.

¹⁸ Vgl. GUNHILD GODENZI, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, Eine Studie zu strafprozessualen Beweisverboten im schweizerischen und deutschen Recht, Diss., Zürich/Basel/Genf 2008, 248 f., 262, 264 f.; WOLFGANG WOHLERS: Besprechung des Urteils des Bundesgerichts, 1P.570/2004 (BGE 131 I 272), in: AJP 5/2006, 627 ff., 632, m.w.H.

¹⁹ Für das Strafrecht vgl. BGE 131 I 272 E. 4.1.1; für das Sozialversicherungsrecht Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009 E. 6.4.2; BSK-GLESS (a.a.O. Fn. 17), N 43 zu Art. 141 StPO; WOHLERS (a.a.O. Fn. 18), 632.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 8C_239/2008 vom 17. Dezember 2009 E. 6.4.2; vgl. AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (a.a.O. Fn. 7), Rz. 77.

²¹ Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 E. 5.1.1, zur Publikation vorgesehen.

2. Interessenabwägung – ein Allheilmittel?

[Rz 18] Man kann davon ausgehen, dass in naher Zukunft eine ausreichende gesetzliche Grundlage für Observationen im Sozialversicherungsrecht geschaffen wird. Verstossen Sozialversicherungsträger bei der Anordnung oder Durchführung von Observationen gegen diese neue Norm (z.B. Überschreitung der zulässigen Höchstdauer gemäss E-Art. 43a Abs. 3 ATSG), ist gemäss dem hier besprochenen Entscheid für die Frage der Verwertbarkeit eine Interessenabwägung vorzunehmen.

[Rz 19] Obwohl das Bundesgericht in E. 5.1.1 ausführlich Bezug zum Strafrecht nahm, blieb unerwähnt, dass dort gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel nur zulässig ist, wenn sie zur Aufklärung *schwerer Straftaten* unerlässlich ist. Bis heute existiert keine Definition der schweren Straftat.²² Häufig wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass nur ein Delikt der «Schwerkriminalität» in Frage kommt. Darunter versteht man Straftatbestände, die ausschliesslich mit Freiheitsstrafe sanktioniert werden.²³ Die denkbaren Straftatbestände des Betrugs (Art. 146 StGB) und des Unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe (Art. 148a StGB) sind jedoch *nicht ausschliesslich* mit Freiheitsstrafe bedroht. Nähme man das Strafrecht als Gradmesser für die Interessabwägung – was angesichts der bundesgerichtlichen Analogie zum Strafrecht nicht als sachfremd erscheint – wäre einer Verwertung wahrscheinlich nicht stattgegeben worden.²⁴

[Rz 20] Ungeeignet erscheint u.E. der bundesgerichtliche Verweis auf das Zivilprozessrecht (Art. 152 Abs. 2 ZPO). Da im Privatrecht gemäss Art. 28 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) bereits für die Frage der Zulässigkeit der Observation einzig eine Interessenabwägung stattfinden muss, fallen Rechtmässigkeit und Verwertbarkeit zusammen.²⁵ Anders als im Straf- und im öffentlichen Recht ist es deshalb im Privatrecht kaum denkbar, dass die Observation an sich widerrechtlich war (weil der Versicherer kein überwiegendes Interesse nachweisen konnte), die Verwertbarkeit aber aufgrund eines solchen überwiegenden Interesses bejaht wird.²⁶

[Rz 21] Das Bundesgericht hat die Frage der Verwertbarkeit unter folgenden drei Gesichtspunkten bejaht:²⁷

- Die versicherte Person wurde nur im öffentlichen Raum überwacht und nicht beeinflusst;
- die Observation wurde aufgrund ausgewiesener Zweifel eingeleitet;
- die versicherte Person war keiner systematischen oder ständigen Überwachung ausgesetzt.

[Rz 22] Sind diese drei Punkte gegeben, sei der Eingriff in die grundrechtliche Position relativ bescheiden. Dagegen überwiege das erhebliche und gewichtige öffentliche Interesse an der Verhinderung des Versicherungsmissbrauchs.²⁸ Zweifellos vermag dieses öffentliche Interesse (bei vorhandener gesetzlicher Grundlage und Einhaltung der Verhältnismässigkeit) einen Eingriff in

²² Z.B. BSK-GLESS (a.a.O. Fn. 17), N 72 zu Art. 141 StPO.

²³ BSK-Gless (a.a.O. Fn. 17) 72 zu Art. 141 StPO; WOLFGANG WOHLERS, Kommentierung von Art. 141 StPO, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, N 21a zu Art. 141 m.w.H.

²⁴ Vgl. BGE 137 I 218 E. 2.3.5.2; bei Art. 148a StGB handelt es sich ebenfalls nur um ein Vergehen.

²⁵ Ausführlich AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (a.a.O. Fn. 7), Rz. 43 f.

²⁶ AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (a.a.O. Fn. 7), Rz. 44.

²⁷ Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 E. 5.1.2, zur Publikation vorgesehen.

²⁸ Urteil des Bundesgerichts 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 E. 5.1.2, zur Publikation vorgesehen.

ein Grundrecht zu rechtfertigen.²⁹ Strittig dürfte allerdings sein, ob ein (nicht zwingend strafbarer) unrechtmässiger Leistungsbezug als genügend schwerwiegend betrachtet wird, um ein widerrechtlich erlangtes Beweismittel verwerten zu dürfen. Ein Teil der Lehre vertrat bisher die Auffassung, dass der öffentlich-rechtliche Versicherer bei unrechtmässigen Observationen über kein überwiegendes Interesse verfügte, da dieses lediglich monetärer Natur sei.³⁰

[Rz 23] An der für das Sozialversicherungsrecht adaptierten Rechtsprechung fällt u.E. vor allem auf, dass der bislang stets postulierte «*Ausnahmecharakter*»³¹ der Verwertung widerrechtlicher Beweise verloren geht. Im Zivilrecht wird dies über den beschriebenen Mechanismus erreicht, wonach es häufig bereits auf der Stufe der Rechtmässigkeitsprüfung zu einer Interessenabwägung kommt, welche die Verwertbarkeit stark präjudiziert. Im Strafrecht wird der Ausnahmecharakter durch die Hürde der «schweren Straftat» hochgehalten. Dieser vom Gesetzgeber und der bisherigen Rechtsprechung getragenen Überlegung wurde u.E. im hier besprochenen Entscheid zu wenig Beachtung geschenkt. Stattdessen werden die privaten Interessen bzw. der Grundrechtseingriff stets bescheiden (weil der Sozialversicherer bereits aufgrund von Art. 179^{quater} StGB sowieso nur im öffentlichen Raum observieren darf) und die Interessen des Versicherungsträgers von vornherein gewichtig ausfallen. Vor diesem Hintergrund ist kaum ein Fall denkbar, in dem eine rechtswidrige Observation im Sozialversicherungsrecht nicht verwertbar wäre, womit E-Art. 43a ATSG zur unverbindlichen Verhaltensempfehlung degradiert würde.

[Rz 24] Die Strafrechtslehre befasst sich schon seit Längerem mit der Problematik, dass die Interessenabwägung häufig nur einen Scheinausgleich suggeriert und nicht selten zu keiner befriedigenden Lösung führt.³² Abhilfe können u.E. spezialgesetzlich normierte, absolute Beweisverbote schaffen. Das bedeutet, dass der Gesetzgeber gewisse Verstösse gegen Beweiserhebungsvorschriften zwingend mit einem Verwertungsverbot belegt (z.B. Art. 277 StPO). Im laufenden Vernehmlassungs- und Gesetzgebungsverfahren ist dem Gesetzgeber zu empfehlen, dass er die ihm besonders zentral erscheinenden Voraussetzungen in E-Art. 43a ATSG um solche Verwertungsverbote ergänzt, um auch prozessual einen effektiven Schutz zu erreichen.

C. Fazit

[Rz 25] Das Bundesgericht hat in einem Grundsatzentscheid mit aller wünschbaren Klarheit festgehalten, dass das geltende Recht auch in der Invalidenversicherung über keine hinreichende gesetzliche Grundlage verfügt, auf deren Grundlage Observationen von Versicherten angeordnet und durchgeführt werden können. Die allgemeinen Erwägungen des Urteils Vukota-Bojic gegen die Schweiz³³ vom Oktober 2016 wurden damit zu Recht auch auf die Invalidenversicherung erstreckt, womit eine Rechtsfrage geklärt wurde, die auch in anderen Rechtsgebieten von Interesse ist.³⁴

²⁹ GÄCHTER (Observationen, Fn. 7), 195.

³⁰ AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE (a.a.O. Fn. 7), Rz. 77; MEIER/STAEGER (a.a.O. Fn. 7), Rz. 41.

³¹ Vgl. bereits den Wortlaut in Art. 141 Abs. 2 StPO; BGE 137 I 218 E. 2.3.4.

³² Z.B. WOHLERS (a.a.O. Fn. 23), N 21 zu Art. 141.

³³ Urteil des EGMR *Vukota-Bojic gegen Schweiz* vom 18. Oktober 2016.

³⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_228/2017 vom 4. Juli 2017 E. 3.4.

[Rz 26] Das Gericht stellt damit nicht etwa möglichen Versicherungsbetrügern eine «carte blanche» aus, wie das in den Medien teilweise kolportiert wurde,³⁵ sondern verhilft den unbestrittenen rechtsstaatlichen Grundsätzen auch im Bereich des (möglichen) Versicherungsmissbrauchs zum Durchbruch. Observationen sollen – wie dies der EGMR ebenfalls ausgeführt hat – nicht grundsätzlich verboten werden, sie bedürfen lediglich – was ebenfalls längstens bekannt ist³⁶ – einer formellen und hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage. Gefordert ist damit gegenwärtig der Gesetzgeber, der bereits an einer entsprechenden Grundlage arbeitet (E-Art. 43a ATSG).³⁷

[Rz 27] Weniger überzeugend erscheint uns die Argumentation des Gerichts, soweit es um die beweisrechtliche Verwertbarkeit der widerrechtlich erlangten Observationsergebnisse geht. Das Gericht räumt zwar ein, dass bei Beweismaterial, das im *nicht* öffentlich frei einsehbaren Raum zusammengetragen wurde, ein *absolutes Verwertungsverbot* bestehe, was nach unserer Einschätzung korrekt ist. Soweit das Beweismaterial jedoch auf öffentlich einsehbarem Grund gewonnen wurde, soll es – auf der Grundlage einer Abwägung der involvierten öffentlichen und privaten Interessen – auch dann verwertbar sein, wenn es an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage fehlte, d.h. die Observation an sich widerrechtlich war. Diese Überlegung erscheint uns insofern unzutreffend, als eine Interessenabwägung die gesetzliche Grundlage nicht zu ersetzen vermag und der Mangel von deren Fehlen damit nicht geheilt werden kann.

[Rz 28] Einen möglichen Hintergrund für die doch eher überraschende Praxis des Bundesgerichts dürfte sein, dass sich ein striktes Beweisverwertungsverbot auf sämtliche pendenten und (allenfalls) auch abgeschlossenen Verfahren ausgewirkt hätte, in denen «nur» unter Zuhilfenahme von (per se rechtswidrigen) Observationsergebnissen eine (materiell-rechtlich begründete) Leistungseinstellung oder -verneinung bewiesen werden könnte. Die pendenten Verfahren hätten – trotz an sich klaren Missbrauchs – im Sinne der Versicherten entschieden werden müssen, die bereits abgeschlossenen Fälle hätten allenfalls aufgrund der Widerrechtlichkeit der Beweiserhebung bzw. der Nichtverwertbarkeit der erhobenen Beweise neu aufgerollt werden können. Rechtsdogmatisch wäre zwar ein Verwertungsverbot mit allen seinen Konsequenzen der korrekte Weg gewesen; für die breitere Öffentlichkeit wären solche Konsequenzen aber enorm schwer zu akzeptieren gewesen.³⁸ In diesem Spannungsfeld rechtlicher und politischer Interessen hat das Bundesgericht in (erneut) «ziemlich freier Rechtsfindung» die Verwertung zugelassen.

[Rz 29] Der Preis für diese Lösung ist allerdings hoch. Die höchststrichterliche Feststellung der Grundrechtsverletzung erscheint als schwacher Trost, wenn die daraus gewonnen Erkenntnisse dennoch verwertet werden dürfen. Der materiell-rechtliche Schutz der Privatsphäre wird in diesem Fall ausgehöhlt und das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1, Art. 36 Abs. 1 BV) verkommt zum «unverbindlichen Verhaltensvorschlag», weil dessen Nichtbeachtung prozessual folgenlos bleibt.³⁹

³⁵ Siehe vorne Fn. 13.

³⁶ Siehe zu den entsprechenden gesetzgeberischen Bemühungen zur Schaffung einer Grundlage im ATSG im Jahr 2008 GÄCHTER (Observationen, Fn. 7), 197 ff.

³⁷ Siehe vorne Rz. 2, 11, 17.

³⁸ WOHLERS (a.a.O. Fn. 18), 629, der dies für das Strafrecht pointiert festhält; vgl. den illustrativen Pressespiegel in Fn. 13.

³⁹ Vgl. WOHLERS (a.a.O. Fn. 18), 631.

[Rz 30] Gefordert sind damit Gesetzgeber und Praxis: Der Gesetzgeber hat bei der Formulierung der künftigen gesetzlichen Grundlage für die Observationen darauf zu achten, dass durch ein explizites Verwertungsverbot dem Grundrechtsschutz hinreichend Nachachtung verschafft wird.⁴⁰ Die künftige Rechtsprechung zur Verwertung von Observationsergebnissen wiederum ist insofern eng zu führen, als Interessenabwägungen nicht gesetzliche Grundlagen und gesetzliche Vorgaben für die Beweiserhebung aushebeln dürfen.⁴¹

Prof. Dr. iur. THOMAS GÄCHTER, Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich.

MLaw MICHAEL E. MEIER, wiss. Assistent am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich.

⁴⁰ Vgl. Rz. 24.

⁴¹ Vgl. Rz. 23, 27.